

我国法院调解制度之法学思考

韦林静

摘 要 法院调解制度在我国理论与实践发挥着不可替代的作用。现存法院调解制度中确实存在一些诸如调审不分之弊端,但只要 we 坚持程序理念,深刻理解制度价值,就能不断对制度进行完善,利于法制建设。

关键词 法院调解 诉讼和解 程序理念

中图分类号 D926.2

文献标识码 A

文章编号 1009-0592(2010)06-123-03

一、法院调解制度综述

“调解”制度在我国可谓渊源深厚。中国古代传统文化一直存在“贵和”的理念,在“无讼”的儒家主流哲学思想支配下,道德教化完全融入司法活动。反映到现实生活中,“厌诉”的心态普遍,“民间调解”、“宗族调解”、“乡治调解”和“官府调解”成为解决冲突的重要手段,在调解过程中,依据以“礼”为核心的道德标准,对纠纷的是非曲直作出判断,对当事人进行教化。中国古代的调解制度虽然绝非现代意义上的法院调解,但却为日后的法院调解提供了深厚的法律文化背景,强调一种“和”的法律伦理道德的存在。

而当代我国法院调解更直接的渊源是战争时期边区革命根据地的司法制度。当时的社会矛盾区分人民内部矛盾和敌我矛盾。针对非敌对性的人民内部矛盾,为了加强团结,各边区政府大力提倡和积极推进诉讼中的调解制度,颁布并实施了大量相关法规。如 1942 年晋西北行政公署发布的《晋西北村调解暂行办法》、陕甘宁边区人民政府发布的《陕甘宁边区刑事案件调解条例》和 1946 年冀南行署发布的《冀南区刑事案件调解条例》等。这些法规明确了诉讼纠纷中调解制度的重要作用,规定了调解制度应当遵循的原则及其效力,使诉讼中调解的适用制度化。这一时期,形成了包括民间自行调解、群众团体调解、政府调解和司法调解在内的广泛的调解制度,并进而发展出著名的“马锡五审判方式”,鼓励司法人员走出法庭,深入农村,与群众一起调查、讨论具体案件,在人民群众的参与下将审判和调解融为一体。这些边区根据地的调解制度虽然并不完善,但是对新中国法院调解制度的形成起到了最直接的推动作用。

建国以后,法院调解制度作为新中国诉讼程序的特色得以保留。1963 年最高人民法院《关于民事审判工作若干问题的意见》确定了依靠群众、调查研究、调解为主、就地解决的方针。这在当时社会高度政治化、法制不健全的情况下能够起到很好的社会效果,但是随着国家法制进程的发展,缺乏“公信力”的“调解为主”审判模式变得不再适合时宜,国家开始逐步调整“法院调解”和“审判结案”在诉讼中的地位。1982 年制定的《中华人民共和国民事诉讼法》(试行)将以往的“调解为主”改为“着重调解”,但是仍然强调尽量少用判决结案同时争取用调解方式结案,即使需判决的案件也要进行调解工作。1991 年我国颁布《中华人民共和国民事诉讼法》将“着重调解”改为“自愿合法调解”,并增加了法院调解的程序性规定。自此,我国司法工作中开始意识到保护当事人对“适用调解”的“选择权”的问题,学界也开始思考“法院调解”定位,思考“调解”应当是一种当事人之间的民事协议,还是一种发挥审判权的过程。现今,由于诉讼案件的大量的增加,新的社会矛盾出现,司法资源的有限,诉讼纠纷解决方式面临很大压力。人民法院又开始重新审视调解在民事诉讼中的作用,开始大

力提倡通过调解化解矛盾,结合相关内容建立多元化的纠纷解决机制。总之,现在我国法院的纠纷解决机制体系正处于变革时期,调解制度的重构出现了新的契机。

法院调解,是指在法院审判人员的主持下,双方当事人就民事权益争议自愿、平等地进行协商,达成协议,解决纠纷的诉讼活动和结案方式。关于法院调解制度的性质,我国民事诉讼法学界主要有三种观点:第一种观点认为,它是法院对民事案件行使审判权的一种诉讼活动。第二种观点认为,法院调解尽管在法院主持下进行,但它不同于法院运用审判权以判决方式解决争议的活动,它本质上时当事人在法院的指导下自律地解决纠纷的活动。第三种观点认为,它是法院对民事案件行使审判权和当事人对自己的民事诉讼权利和民事权利行使处分权的结合。^①

从我国法院调解制度的现实情况来看,我国现阶段司法实践中采纳的是第三种观点。主要表现在:第一,无论当事人是否采纳法院调解解决矛盾纠纷的角度,还是从最后调解协议能否达成的角度,法院调解都强调了一种当事人的自愿。双方是否形成合意协议体现了当事人对自己民事私权利的行使。并且,在民事诉讼过程中能够适用法院调解的情况下,当事人随时可以进行,强调了程序选择的自由性,反映出法院调解过程中当事人对自己民事诉讼权利和民事权利行使的自由处分权。第二,双方合意的形成要在法院审判人员的主持下依法进行,审判人员起到主导程序运行的作用,体现了一种公权力对私权利的指引。第三,经过法院调解达成协议并生效的,就产生与判决相同的法律效力具有强制力。这也是法院调解中法院行使审判权最重要的表现形式。总之,从我国法院调解的现状来看,法院调解的性质处于一种法院审判权与私权协议相融合的状态。

但是,笔者认为,正是这种审判权与私权选择权的结合才带来了我国法院调解制度的种种弊端。现实中认为法院调解是对民事案件行使审判权和当事人对自己的民事诉讼权利和民事权利行使处分权的结合的第三种观点,恰恰是“为了创造理论而创造的理论”,最不思变革、最不可取的。现实中公权力天生有一种扩张的天赋,在引导当事人达成合意的过程中,其权威地位往往不自觉的对当事人施加压力。在当事人是否接受调解的问题上,反复劝说当事人做出让步,接受调解,并达成调解协议,“以劝压调”。在当事人不愿调解时,故意将案件搁置起来,当事人为求得纠纷早日解决,不得不接受调解,“以拖压调”。甚至,暗示当事人如果不接受调解,或者当事人在达成“合意”时不进行必要让步而促成调解协议的达成,未来的审判判决结果可能对他不利,由于调审人员并不分离,当事人希望得到有利或公正结果害怕得罪法官,不得不进行私权利的退让。因此,调解制度中当事人的自愿原则在有公权力干涉的情况下现实中是很难得到充分保障的。

作者简介:韦林静,厦门大学法学院 2008 级法律硕士。

另外,由于调解本身是一种风险较小、省时省力、人性化的纠纷解决模式,相比于速度慢、周期长、严格的审判模式更加灵活更高效,法官在工作中也不必作出过多困难而精确地判断,对法官法律素质要求不及审判模式,因而更受司法人员欢迎,产生调解扩张和审判萎缩的状况。本来这种高效的结案方式并无可厚非,但是赋予调解协议判决的效力之后,这种自由协商性质的协议就与严格依法审判的法制精神冲突了。并且,原本诉讼调解对于审判程序的补充地位变成了一种“侵犯”,无形中出现了两种程序之间“审判权”的争夺,削弱了审判程序在整个民事诉讼程序中的地位。因此,从性质和定位上说,法院调解不能定位于法院发挥审判权和当事人行使自由权利的融合。本质上法院调解仍是当事人在法院的指导下自律地解决纠纷的活动,仍然应当是一种民事协议的性质。只有明确了这一点才能发现我国法院调解制度的不足,才有后续进行制度修订的必要。

二、其他国家和地区的法院调解制度和诉讼和解制度之评述

思考如何改革和完善我国法院调解制度的问题,当然要坚持和发扬司法优良传统,但同时也要借鉴外国相关制度的有益经验,全面思考法院调解制度以及相关和解程序的设定,最终完善并不断推动我国审判方式改革的发展。

日本的民事调停是一种制度上与诉讼审判相分离的纠纷解决方法,根据民事纠纷的一方当事人向法院提出的调停申请,由一名法官和两名以上民事调停委员组成的调停委员会或由独任法官作为调停委员,以第三人的身份进行劝说,促使当事人之间达成和解协议以解决纠纷。它独立运作于法院审判程序之外,适用专门的民事调停法。如果调解没有成功,一方当事人可以另行提起诉讼。同时,调解协议记载在笔录上就具有与审判上和解同等的效力,而生效和解的效力又等同于确定判决的效力,所以生效调解不仅可终结诉讼程序,同时也产生既判力和执行力。日本民事调停制度的优势在于,调审分立的模式强调各自程序的相对独立性,有利于保障当事人自愿调解的意志,助于诉讼三方充分了解案情事实,同时还可以避免“调审合一”模式下审判法官形成的“预判”。但是问题在于,对这种诉讼协议的性质,理论上仍然存在争议,包括“私法行为说”、“诉讼行为说”和“一行两性质说”。现实中,协议效力的取得上,一经记入法院笔录即产生判决相同效力的规定,仍然是将私法行为与审判权的混合。对此,笔者赞成“私法行为说”,对这种协议达成的定性,依然应当是私法上的和解契约,终结诉讼结果的发生是由于原争议契约已被新的民事契约代替,法院的记录发挥“和解公证”的作用。因此,日本的民事调停制度关于调解协议生效的效力来源问题上,仍然有待发展。

美国的诉讼和解被视为私法行为,其性质是诉讼外和解契约,当事人双方通过自愿履行私法协议实现纠纷解决,从而终结诉讼,不具备判决效力。但是当事人可以通过一定得程序以此为基础,由法院形成“合意判决”,由一名联邦法官或联邦治安法官主持当事人间的和解会议,形成的“合意判决”具有与应诉判决相同的既判力。

英国与美国类似,英国也将诉讼和解行为视为民事行为,将和解协议视为契约。和解协议生效后,若一方不履行该协议,另一方当事人可通过向法院提出申请。一种是申请“合意判决”,即申请法院把和解事项记载在判决上,随着判决的公布形成既判力。另一种是申请所谓“Tomlin”裁定,即如一方当事人不履行和解协议,对方须先申请法院作出令违反和解条件一方履行义务的

裁定,如果后者仍不按裁定履行,才可申请法院强制执行。

总之,英美法系国家的诉讼和解制度都十分强调当事人的私法契约性质,再通过后续司法程序确立其既判力,这样可以避免公权力和私权利两种性质的模糊不清。

三、法院调解与诉讼和解和民事审判之间的关系

我们说,无论审判、调解还是诉讼和解等都是纠纷的解决机制。在这些纠纷解决机制中,有纯粹的私力救济也有纯粹的公力救济的形式,还有二者相互交叉的部分,这些交叉制度的差异往往在于公权力对私法行为有多深的干涉。因此,对这些制度进行对比有利于发现制度在本质属性上的差异。

从字面上看,和解意味着当事人以平等协商、相互妥协的方式和平解决纠纷,和解制度更强调纠纷当事人自立解决矛盾,不需要外界中立力量加以干涉,因此和解协议本身具有民事合同或者民事契约的性质,不具备强制执行力。调解则是中立第三方在争议的双方当事人之间沟通信息,阐述法律、讲道理,促成纠纷当事人相互谅解互相妥协最终达成合意协议的活动。根据第三方主体地位和性质的不同,调解可以分为ADR性质的调解,包括人民调解、消费者协会调解和劳动争议调解委员会调解等,在这些调解活动中,强调协议的自愿达成与自觉履行,因此同样应当是私法契约的性质,不应当具备强制执行力。当第三方调解主体带有司法的性质时,主要指法院调解,此时调解协议的效力来源,是否应当具有强制执行力,在理论上就存在了争议。

具体而言,我国民事诉讼中并没有当事人和解的独立制度特征,各种调解制度发挥了国外的诉讼和解制度的作用,也就是说,本质上,我国的调解制度和国外的和解制度都是指在其他中立机构调解下形成和解协议,只不过具体的操作形式有所区别。就效力而言,国外的有司法机构参与的诉讼和解制度中,协议本身虽然具有私法协议的性质,往往又可以通过某种途径获得类似判决的效力,新的“合意判决”以原和解协议内容为基础,通过司法程序予以确认,赋予强制约束力。这样就通过一个“再确认”的过程将私法行为与审判权的发挥分离开。而我国调解制度中,ADR性质的调解效力类似于私法协议,法院调解则与审判效力相同。

从法院调解与审判的关系来看,我国现实是“调审不分”的,在审判的过程中都可以进行调解,调解人员和审判人员的身份也是竞合的,调解协议同样发挥判决相同的效力。这就严重影响了民事审判程序的规范运作,因为调解的适用总是更简单易行,法官也不必经常作出困难的判断,但长此以往就形成了调解扩张、判决萎缩以及轻程序的弊端。因此,重新厘定法院调解与审判的关系就成了改革我国法院调解制度的关键。

四、改革我国法院调解制度的思考

对于我国法院调解制度改革的观点主要有三种。

第一,改革完善说,这种观点认为法院调解制度的改革应在现有的框架内进行。持这种观点的学者一般对现行法院调解制度持肯定的态度,认为法律已明文规定调解应在“自愿合法”的基础上进行,法院调解实践中的某些问题主要是执法不严的结果。通过具体措施的完善来消除其弊端,落实调解的三原则。譬如,适当缩小调解的适用范围,将调解限制在一审,而二审和审判监督程序中则不得适用调解;改不公开的庭外、庭前调解为公开的庭上调解,赋予当事人对生效调解书上诉的权利等。他们提出的具体方案虽不尽相同,但有一点却是相同的,那就是不赞成废除法院调解或把调解从审判中分离出去,而是希望通过对法院调解制度进行某些细节的改造来实现调解与审判的协调。

第二,调审分立说。这种观点认为,民事诉讼是以国家强制力保证实体法实施的程序制度,审判是它的核心内容,任何削弱或替代审判因素的存在都有碍于发挥这一制度的最大效用。调解自然也不应成为这种削弱或替代因素。因此,为了落实调解的自愿与合法原则,避免造成调解与审判的对立,消除实践中存在的调解代替审判的现象,应在法院内设置专门的调解机构,使调解与审判分立。如有的学者主张我国应当把法院调解作为审判的前置程序加以规定,设调解庭,专司调解工作。^②

第三,调解否定说。这种观点认为,我国民事诉讼法应当完全取消法院调解而代之以诉讼上的和解,因为,就诉讼上和解而言,在当事人达成和解协议以前,审判人员无法主持,无法实际介入和干涉。因而也难以将其意志和影响力渗入和解中。^③

对此,笔者倾向于调审分立说。因为,第一种观点,在现有的制度框架内通过具体措施的完善消除弊端,虽然是缓慢而稳步的,但只要存在“调审合一”及私法协议与审判权的融合,性质不清的问题就不会得到根源的解决。而第三种观点,由于我国没有诉讼和解独立的制度特征,完全取消法院调解,继而全新构造一系列诉讼和解制度是不现实的。因此,“调审分立”的观点更合理。具体表现为,首先,独立设置调解庭,调解法官与审判法官分离,即主持调解的法官不得作为同一案件的审判者。审判法官在开庭审理前,不得接触任何相关的调解材料,当事人双方不得以任何方式向审判法官透露调解的有关信息及当事人在这一过程中的态度。就调解发生的时间而言,笔者认为,应当规定调解前置程序即审前调解,确定一定调解期限,以及法院调解的次数,如在期限内未达成调解协议应当及时进入审判程序,防止“久调不

决”和“多次调解”。至于诉讼审判过程中当事人想要达成协议的问题,不应当纳入和解的范围,也不应当纳入法院调解的范围,而应当从民事诉讼简易程序的角度进行考虑,严格规范简易程序运行,协议不成立刻回到审判程序中。审判过程一旦结束,形成判决,便不可再对判决的执行进行“调解”,严格按照判决内容执行。对于法院调解所形成的调解协议的性质和效力问题,笔者认为,法院调解形成调解协议,应当与其他社会调解一样具有私法协议的性质,当事人达成合意之后视为新契约达成而原纠纷契约自然消灭从而终结诉讼。至于调解协议的效力,笔者倾向于不赋予其强制约束力,其效力等同于私法契约的效力。一旦当事人不履行调解协议,该协议可以作为一项重要证据进入审判程序,在审判中可以适当考虑协议的内容,进而形成基于调解协议内容的“合意判决”,这种判决的形成才是法院发挥审判权的过程,才是真正应当具备强制约束力性质的判决。对于拒不履行调解协议的当事人也可以考虑诉讼时效制度的相似理念,不赋予其“胜诉权”,而不是通过调节协议直接对其实体权利进行判定。总之,法院调解本身应当是在法院指导下自愿的私法行为,调解协议本身单纯的契约性质,只不过这种契约是在法院的参与、辅助下形成的,不应当被赋予同判决等同的效力,只有通过一次司法程序的确认并形成基于协议的“合意判决”才是强制约束力效力的来源。这也就是我国调解和审判制度所需要的结构性调整的方向。

注释:

①江伟.民事诉讼法.高等教育出版社(第三版).高等教育出版社.2007.213.

②王红岩.论民事诉讼中的调审分立.法学评论.1999(3).

③张晋红.法院调解的立法价值研究.法学研究.1998(5).

(上接第97页)(三)金融机构应该创新金融产品,提高服务质量

1. 金融机构要转变观念

金融机构应转变观念,进行信贷制度改革。第一,积极创新金融产品和服务方式,加大对中小企业的扶持力度;第二,银行金融机构要根据中小企业的实际情况,对不同的企业制定相应的贷款和审批程序,在对中小企业的金融支持中坚持有进有退的信贷政策;第三,银行金融机构应适当提高基层机构的授权,简化办事程序。

2. 加强专业化人才队伍建设

由于小企业涉及的行业比较多,地域的差别也比较大,这就要求银行机构对小企业的金融服务人员具备较高的综合素质。目前专业化人才队伍建设还很滞后,银行在客户选择方面没有自己的特点,金融机构应该加强对员工这方面的培训。

3. 创新金融产品

除了传统的融资模式,金融机构还可以推出一些相对比较新颖的融资模式,比如发行信托产品,信托产品是近年来资本市场的热门品种,一般用于一些较大型的投资项目建设,给投资者的利率高于银行同期存款利率,另需要向信托投资公司支付信托佣金。

另外,最近几年网上贸易迅猛发展,所以网络银行就是一个有益的探索。所谓实际上就是银行和网站结合,发挥各自优势的一种信贷模式,优点如下:一是银行与电子商务网站合作,比如建行与阿里巴巴合作,解决银行市场开拓问题。二是借鉴孟加拉模式,银行和网络合作,把电子商务纳入银行的体系,另外网络银行三家以上的企业成立联保体系,用客户管理客户的模式,这样更

加具体、更加可行,可以解决担保问题。

总之,商业银行应转变经营观念,改进为中小企业融资的方式,银行为中小企业提供贷款并不单纯是中小企业获得融资的便利,而是关系到银行自身的竞争力变化和未来的发展战略。因此,商业银行在信贷审查和投放过程中,要打破以企业规模和所有制性质作为贷款标准的认识误区,遵循公平、公正和诚信原则,调整信贷政策,发展关系型融资,支持中小企业的合理资金需求,并强化和健全为中小企业服务的信贷机构。这也是在入市后国有商业银行改革进而有助于中资商业银行迎接外资商业银行竞争的有效途径。

中小融资难问题世界性难题,各国的具体情况不同,所以具体的政策和制度也不同,但其它国家的成熟经验,可以给我们提供借鉴。中小企业的发展为我国社会健康、和谐稳定做出了积极贡献,在金融危机下,面对重重困难,中小企业管理者应该积极应对,寻找对策;同时政府管理部门,更应该多为中小企业想办法,在税收制度、财政制度、产业政策、投资政策等制度供给上提供一个全方位的、立体式的扶持,制定适合中国实际的融资制度,帮助中小企业渡过难关。

参考文献:

- [1] 郭跃进,李惠军.中小企业融资结构与模式研究.哈尔滨工程大学出版社.2007年版.
- [2] 许进.中小企业成长中的融资瓶颈与信用突破.人民出版社.2009年版.
- [3] 吴瑕.融资有道:中国中小企业融资经典案例解析.中国经济出版社.2009年版.
- [4] 吴瑕.融资有道——中国中小企业融资操作大全.中国经济出版社.2007年版.
- [5] M·马尔霍特拉等著,钱婵娟译,徐晓萍校.扩展融资渠道:适合微型及中小企业的范例及政策(引进版).上海财经大学出版社有限公司.2009年版.
- [6] 赵尚梅,陈星.中小企业融资问题研究.水利水电出版社.2007年版.
- [7] 鲍静海.我国中小企业金融制度创新研究.人民出版社.2008年版.
- [8] 孔曙东.国外中小企业融资经验及启示.中国金融出版社.2007年版.